

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

PÓLO DA FOZ



DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**DISCRIMINAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO EM RAZÃO DA
DEFICIÊNCIA**

MARIA INÊS CAMPO GRANDE MATOS

Porto, 2012

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

**DISCRIMINAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO EM RAZÃO DA
DEFICIÊNCIA**

TESE ELABORADA NO ÂMBITO DO CURSO DE DIREITO CIVIL

Orientação por:

Prof. Dra. CATARINA OLIVEIRA CARVALHO

Porto, 2012

Agradecimentos

À minha mãe, pelo ontem, o hoje e o amanhã.

Aos meus avós, pela estabilidade, serenidade e apoio incondicional.

Ao meu pai, pelo exemplo de determinação e espírito de conquista.

Ao Pedro, pela presença e dedicação.

*Aos meus irmãos e a todos os outros que de forma mais próxima fizeram parte do meu
percurso académico e pessoal.*

ÍNDICE

ÍNDICE.....	7
LISTA DE ABREVIATURAS.....	10

CAP. I – A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

1. Origem, desenvolvimento e efetividade do conceito de igualdade.....	11
1.1. Nascimento do princípio da igualdade do ponto de vista estritamente jurídico: da igualdade formal à igualdade material.....	11
1.2. A vertente negativa do princípio da igualdade: o princípio da não discriminação.....	14
2. As formas legalmente consagradas de discriminação.....	17
2.1. Discriminação Direta.....	18
2.2. Discriminação Indireta.....	19
2.3. Assédio como modalidade de discriminação.....	21
3. A igualdade e o dever de não discriminação proclamados nos diferentes corpos normativos.....	23
3.1. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito da ONU.....	24
3.2. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito do Conselho da Europa.....	26
3.3. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito da UE.....	27
3.4. O reconhecimento do princípio da igualdade no ordenamento jurídico português.....	28

**CAP. II – O SURGIMENTO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO
POR ASSOCIAÇÃO
EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA**

1. Origem, fundamentos, problema e interpretação do Direito da UE.....	31
1.1. Processo <i>Coleman</i> como “criador” da discriminação por associação em razão da deficiência.....	31
1.2. A posição do Advogado-Geral, Poiares Maduro.....	34
1.3. A posição do Tribunal de Justiça.....	37

**CAP. III – A DIRETIVA COMUNITÁRIA E O PRINCÍPIO DA
INTERPRETAÇÃO CONFORME**

1. O carácter vinculativo da jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	40
1.1. O efeito direto vertical e a falta de eficácia horizontal.....	41
1.2. O princípio da interpretação conforme.....	42
1.3. Interpretação em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	44

CAP. IV – A PROVA EM SEDE DE DISCRIMINAÇÃO

1. A repartição do ónus da prova operada pelo Direito da UE e nacional.....	46
1.1. O ónus da prova na Diretiva 2000/78.....	46
1.2. O ónus da prova no CT 2009.....	48

CONCLUSÃO.....	50
BIBLIOGRAFIA.....	51

LISTA DE ABREVIATURAS

AAVV	- Autores vários
Ac.	- Acórdão
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça
CC	- Código Civil
CDFUE	- Carta sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cons.	- Considerando
CRP	- Constituição da República Portuguesa
CT	- Código do Trabalho
DDA	- Disability Discrimination Act 1995
DL	- Decreto-Lei
DR	- Diário da República
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos do Homem
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
ONU	- Organização das Nações Unidas
PDT	- Prontuário de Direito do Trabalho
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TC	- Tribunal Constitucional
TFUE	- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	- Tribunal de Justiça (União Europeia)
TRP	- Tribunal da Relação do Porto
UE	- União Europeia

CAP. I – A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR

DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

1. Origem, desenvolvimento e efetividade do conceito de igualdade

1.1. Nascimento do princípio da igualdade do ponto de vista estritamente jurídico: da igualdade formal à igualdade material

Os estudiosos têm vindo a debruçar-se sobre o alcance do princípio da igualdade desde há largos anos. Os significados são inúmeros, os entendimentos múltiplos e divergentes. Todavia, tendo este trabalho o intuito de aprofundar o alcance deste princípio na sua vertente negativa de não discriminação¹, passaremos somente a atentar sobre o princípio da igualdade numa perspetiva jurídica e laboral.

Tem-se como assente que este princípio fundamental, dum ponto de vista jurídico, nasce ligado ao *Direito natural*². Coube aos estóicos e ao cristianismo a elevação do Direito à igualdade entre todos os homens independentemente da sua condição. Não se proporcionando uma análise historicista plena, convém apenas demonstrar que à época a igualdade foi elevada a princípio fundamental da existência humana “sendo afirmada a ideia de que todos os homens são naturalmente iguais e de que esta mesma igualdade é essência da Justiça”³.

Como corolário das revoluções liberais do séc. XIX, o princípio da igualdade foi considerado como princípio jurídico-político, sendo constitucionalmente assumido nas Constituições francesa e norte-americana. Estes movimentos revolucionários caracterizaram o princípio da igualdade como “*igualdade perante a lei*”. Esta corrente

¹ “Aceita-se, hoje, pacificamente, que o âmbito do princípio da igualdade comporta várias dimensões (...) abrange a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e uma obrigação de discriminação”, Catarina Carvalho, *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 940.

² Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p.15 e ss.

³ Guilherme Machado Dray, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 25.

ambicionava acabar com um regime de privilégios que existiam na sociedade de então, assegurar uma *igualdade formal* de todos os cidadãos perante a lei e, como consequência, que todos fossem sujeitos dos mesmos Direitos e deveres. A ocasião em que se concretizaria a plena igualdade seria o momento da aplicação da lei “o momento significativo do princípio da igualdade, diluindo-se o tratamento igual dos homens na própria aplicação uniforme da lei, por definição dirigida a todos os homens”⁴. “Igualdade significava, portanto, inexistência de distinções, obrigatoriedade de o legislador formular regras gerais e abstratas que deveriam ser uniformemente aplicadas aos casos por elas regulados”⁵.

Entre nós, como consequência do liberalismo atrás descrito, este princípio foi consagrado nas diversas Constituições elaboradas após este movimento⁶. O princípio da igualdade é proclamado como “igualdade jurídica, assente na ideia de que a lei é igual para todos, de que os privilégios devem ser abolidos”⁷. Estaria assim alcançado um objetivo fulcral do liberalismo, “*a igualdade perante a lei*”.

Todavia, se transferíssemos este pensamento para o estudo em análise, ou seja, a discriminação pelo motivo de deficiência, constataríamos, desde logo, que esta perceção de igualdade não poderia nunca ter um papel defensivo destes sujeitos em face de pessoas sem qualquer tipo de deficiência. Teríamos que aceitar que estes sujeitos, efetivamente mais desfavorecidos, fossem alvo dos mesmos deveres e Direitos aplicáveis a um outro qualquer cidadão o que os colocaria numa posição de enorme desvantagem. Ao aceitarmos a figura de igualdade puramente formal cairíamos numa desigualdade real, o que não seria desejável. Se não se atentasse a nível laboral às incapacidades de uns e às melhores condições de outros não poderia haver uma efetiva igualdade de condições, pois se todos são iguais perante a lei todos devem ter o mesmo tratamento. Ao reconhecermos uma conceção formal da igualdade seríamos alheios às diferenças, o que faria com que a igualdade fosse um conceito abstrato sem um verdadeiro objetivo de igualdade material.

É nesta orientação, em face de sujeitos desfavorecidos pelas mais diversas causas, que se procura alcançar uma verdadeira igualdade dos cidadãos, uma igualdade

⁴ Maria da Glória Ferreira Pinto, “Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, BMJ, 358, 1986, p. 27.

⁵ Luísa M. F. G. Andias Gonçalves, A inexecução do contrato de trabalho, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010, p. 288 e 289.

⁶ Respetivamente as Constituições de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911.

⁷ Machado Dray, ob. cit., p. 52.

onde todos fossem verdadeiramente reconhecidos, com o seu mérito, com as suas incapacidades, onde se tratasse por igual o que é igual, e onde se tratasse por diferente o que é, efetivamente, diferente. Nas palavras de Machado Dray, “a conceção de uma igualdade puramente formal (...) começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de Direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados”⁸. Desta forma, em face das críticas que foram surgindo ao entendimento primário de igualdade, nasce um modelo de igualdade material, característica indissociável do Estado de Direito Social iniciado com a Constituição de *Weimar* de 1919⁹.

Consequentemente, se numa fase anterior se pretendia a neutralidade do Estado em face dos seus cidadãos, constatando-se os infortúnios que uma visão limitada do princípio da igualdade poderia causar, com estes avanços de pensamento requereu-se a intervenção do Estado como figura nuclear de proteção¹⁰. O legislador deveria ter um papel ativo na prossecução de uma igualdade no conteúdo da própria lei. Com efeito, não bastará um tratamento igual, será fulcral o tratamento como igual, a denominada *igualdade na criação da lei*. Não obstante, não sendo esta dimensão absoluta, mas sim relativa, não impedirá o tratamento diferenciado de pessoas, quando em prol de uma justiça material. Procurou-se um ideal de justiça social a par da proibição de um eventual arbítrio como limite da atuação estadual. Procurou-se, noutras palavras, uma “*igualdade material*”.

À semelhança do anteriormente sucedido, o legislador acompanhou esta evolução conceptual consagrando, nas Constituições posteriores a 1911, o princípio de igualdade material acompanhado do princípio da não discriminação que, como adiante será desenvolvido, é complementar, ou até parte deste¹¹.

⁸ Machado Dray, ob. cit., p. 58;

⁹ Para um maior desenvolvimento Júlia Campos, “A problemática da Igualdade e da não-discriminação no Trabalho”, in *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra p.270 a 277; Machado Dray, ob. cit., p.69 e ss.

¹⁰ Uma igualdade de tratamento elaborada através de normas jurídicas gerais e abstratas, ou seja, a consagração positiva de uma *igualdade perante a lei*, torna-se insuficiente para assegurar a dignidade da pessoa humana. Como refere Vieira de Andrade, ob. cit., p. 280, “o que importa é que haja uma atuação racional, técnica ou eticamente fundada e, portanto, que não se discrimine para discriminar”. Sobre esta matéria veja-se, de igual modo, Jorge Reis Novais, *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 100 e ss. e Maria da Glória P. D. Garcia, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 29 e ss.

¹¹ Quanto à CRP 1933, diz-nos o art. 5.º que como base da república corporativa estaria a “igualdade dos cidadãos perante a lei no livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização”, e ainda o art. 6.º,

No âmbito do instituto de discriminação, neste caso em ambiente laboral por motivos de deficiência, uma definição de igualdade material que, como vimos, coloca em realce as diferenças, neste caso biológicas, dos sujeitos torna-se fundamental na prossecução de uma efetiva igualdade de tratamento. Conceber-se que um cidadão afetado, direta ou indiretamente, por uma deficiência terá que receber um tratamento diferente em face de outro sujeito que carece de qualquer incapacidade orgânica é demonstrativo da real importância deste instituto na esfera destes cidadãos em todas as áreas, mormente em ambiente laboral.

Para existir uma igualdade de oportunidades¹² entre este e aquele deverão existir, como existem, discriminações positivas¹³ consagradas pelo legislador com o intuito de se atingir uma plena igualdade. Só assim se conseguirá uma sociedade justa, considerando todas as formas de desigualdades, precursora de um ideal de paridade de tratamento, de defesa da dignidade humana.

Desta forma, como extensão do princípio da igualdade numa visão material temos, “ao lado do *princípio da proibição do arbítrio* (que proíbe que sejam tratadas de forma diferente situações iguais e de forma semelhante situações manifestamente desiguais) e do *princípio da proibição de discriminação* (que considera ilegítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjetivas), o *princípio da obrigação de diferenciação*, dirigido aos poderes públicos, para que estes, tendo em conta as desigualdades fácticas entre os cidadãos (...) envidem esforços no sentido da sua eliminação”¹⁴.

1.2. A vertente negativa do princípio da igualdade: o princípio da não discriminação

Diretamente relacionado com o princípio da igualdade na sua vertente material está a proibição de condutas discriminatórias¹⁵. Saber se estas são gerais ou pelo

nº 3 que nos indica que uma das prioridades do Estado seria “zelar pela melhoria das condições das classes mais desfavorecidas”.

¹² Vertente da igualdade material, ligada à obrigação de diferenciação.

¹³ Quanto à proteção do trabalhador deficiente, o CT estabelece nos art. 85.º e ss que caberá à entidade patronal adotar medidas adequadas para que aquele possa exercer uma atividade profissional.

¹⁴ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.339 e ss. Para um estudo aprofundado ver, Machado Dray, ob. cit., p. 89 a 97.

¹⁵ Esta afirmação não é pacífica. Existe doutrina que defende a separação dos conceitos afirmando que a proibição da discriminação se traduz num instituto de defesa das minorias, por ser circunscrita a certos

contrário, como sucede a nível europeu¹⁶, se estão relacionadas com certas características pessoais, será um assunto não abordado em tese de imediato visto que o que nos importa agora é relacionar o princípio da igualdade e o correspondente princípio de não discriminação no âmbito da deficiência; mais propriamente da possibilidade de alargamento desta proibição a sujeitos associados a pessoas portadoras de deficiência. O próprio conceito de discriminação acarreta diversos sentidos não sendo o propósito deste trabalho¹⁷ o seu desenvolvimento. Todavia, estando em análise um problema de discriminação não poderemos deixar de atentar, ainda que sumariamente, ao seu alcance.

Se procurarmos uma igualdade plena entre os cidadãos teremos que ter como práticas proibidas quaisquer discriminações desde que injustas¹⁸. Nesse sentido, a maioria das legislações, entre as quais a nossa CRP¹⁹, quando abordam um dos princípios colocam “*numa mútua implicação inafastável, tanto o princípio da igualdade como o da não discriminação*”²⁰. Desta forma, sendo o princípio da igualdade entendido como substancial, acarretando, por isso, uma função negativa de proibição de arbítrio a par de uma função positiva que lhe permite obter do Estado certas medidas positivas destinadas a assegurar a efetividade da igualdade, podemos dizer que aos cidadãos é lícito a pretensão de não serem discriminados, ou seja, possuem “*o Direito à igualdade na vertente de não discriminação*”²¹.

Com efeito, devemos entender a discriminação como qualquer tratamento desfavorável, diferenciado ou igualitário quando indevido, que coloque em causa a justiça material mas também a dignidade do ser humano, valor fundamental na nossa sociedade²². No entanto, terá obrigatoriamente de existir um juízo de comparação, terá que haver, como nos diz o TC quando interpreta o art.º 13 da CRP (que inclui ambos os

motivos protegidos, enquanto, o princípio da igualdade se traduz num princípio geral para toda a Comunidade que exclui qualquer distinção. Nesse sentido, Antoine Jeammaud, “*Du principe d’égalité de traitement des salariés*”, *Droit Social*, 2004, p. 694 e ss. Para um melhor entendimento, Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 417 a 423;

¹⁶ TFUE e Diretiva 2000/78, nomeadamente, defendem somente um *numerus clausus* de motivos, entre os quais a deficiência.

¹⁷ Para um melhor entendimento, Luísa Gonçalves, ob. cit., p. 323 a 327.

¹⁸ “A igualdade obriga a juízos intrinsecamente justos; a discriminação proíbe tratamentos, diferenciados ou igualitários, intrinsecamente injustos”, Luísa Gonçalves, ob. cit., p. 329.

¹⁹ Art. 13.º da CRP, logo após sublinhar que todos os cidadãos são iguais perante a lei, vem dizer que ninguém pode ser privilegiado ou prejudicado em razão de certos motivos.

²⁰ J.J. Calmon de Passos, “O princípio da não discriminação”, *Jus Navigandi*, Teresina, n. 57, jul., 2002, p. 1.

²¹ Ideia retirada das palavras de Júlia Campos, ob. cit., p. 277.

²² Para uma melhor abordagem da dignidade da pessoa humana, Vieira de Andrade, ob. cit., p. 48 a 50 e 108 a 111.

princípios), um juízo de igualdade para ser possível diferenciar situações que à partida poderiam não ser reconhecidas como diferentes e por isso não discriminatórias. Veja-se:

“Ora, não havendo seres absolutamente iguais em todas as suas características, inexistem também situações rigorosamente iguais, não podendo o princípio da igualdade ser entendido em termos absolutos: a determinação da igualdade ou desigualdade das situações exige uma prévia definição do elemento que, retirado do seu conjunto, permite que se estabeleça um juízo de igualdade – o chamado «padrão de igualdade». Este «padrão» é o elemento de conexão e de relacionamento das situações que permite submetê-las a um juízo comparativo e que deve abranger o conjunto de pessoas ou situações em relação às quais se verifica um tratamento jurídico-normativo distinto. O princípio da igualdade exige, assim, um ato jurídico de avaliação, desempenhando aqui o papel decisivo para decidir se os dois elementos em comparação são ou não iguais e, por isso, reclamam o mesmo tratamento jurídico. Porém, como refere Alves Correia (in O plano urbanístico e o princípio da igualdade, Almedina, p. 398), «a igualdade pressupõe também necessariamente diferença de objetos. ‘Apenas aquilo que é diferente pode ser comparado entre si e ser igual’. ‘Igualdade é uma relação de diferença’»²³.

Nesse sentido, termos atentado à vertente material do princípio da igualdade dá-nos agora “bagagem” para entendermos que apenas nesse prisma o princípio da não discriminação se impõe, ou seja, teremos de atender à autêntica igualdade material para conseguirmos defender que duas situações diferentes não poderão ser tratadas de forma igualitária, ou o contrário, porque dessa forma não existiria uma efetiva igualdade de oportunidades²⁴ entre os cidadãos e cairíamos em condutas discriminatórias por serem injustas e desvantajosas para uma das partes. Consequentemente, como defende Luísa Gonçalves, “sempre que na comparação de duas circunstâncias, se conclua pela desigualdade de oportunidades entre elas, surgirá para o Estado, a obrigação de diferenciação, sendo os tratamentos diferenciados tidos por não discriminatórios. E não são discriminatórios (...) porque correspondem à concretização da igualdade lograda”²⁵.

Quer-se com isto dizer que apenas os tratamentos diferenciados que contenham em si próprios uma função última de igualdade material, na vertente de igualdade de oportunidades, é que não serão considerados como atentados à igualdade efetiva e,

²³ Ac. do TC n.º 336/95, DR, II Série, de 31-07-1995.

²⁴ É nesse sentido que “pessoas com deficiências exigem (...) um tratamento diferenciado”, sendo nestes casos a igualdade de tratamento o objectivo da proibição de discriminação, Júlio Gomes, ob. cit., p. 400.

²⁵ Luísa Gonçalves, ob. cit., p. 328.

como consequência, não terão a veste de discriminatórios porque se entenderão como proporcionais e justificados em face do desejo de justiça social. Confirma este pensamento o Acórdão *Wippel* do TJ quando refere:

“A proibição de discriminação (...) não é mais do que a expressão específica do princípio geral da igualdade que integra os princípios gerais do Direito comunitário, princípio esse que por força do qual as situações comparáveis não devem ser tratadas de forma diferente, a menos que essa diferenciação se justifique objetivamente”²⁶.

Ora, o tratamento desigual de um sujeito que tenha algum tipo de ligação a uma deficiência, num ambiente profissional, não deverá, em princípio, ser considerado discriminatório em face da diferença substancial que lhe é inerente. Só desta forma se cumpre a verdadeira igualdade material e não discriminação. A sociedade tem sido sensível a este entendimento e tem ido mais longe ao consagrar inúmeras medidas positivas relativamente ao acesso destes sujeitos ao mercado de trabalho e à sua devida proteção. Prossegue-se assim, quanto a estes sujeitos, um caminho gradual no sentido da realização plena de igualdade de oportunidades.

Podemos concluir nestes termos que será difícil separar os conceitos de igualdade e de não discriminação, um é extensão do outro, funcionam em complementaridade, atuando um quando o outro é colocado em causa, defendendo ambos o mesmo fim, a proteção da dignidade do ser humano.

2. As formas legalmente consagradas de discriminação

Alcançado um entendimento geral quanto ao princípio da discriminação enquanto vertente do princípio da igualdade cumpre-nos em diante descortinar as diferentes formas de discriminação legalmente consagradas para que consigamos, numa fase mais avançada, entender a inclinação do TJ por um dos tipos de discriminação em diante enunciados. Nesse sentido iremos abordar a discriminação direta e indireta que, como veremos, diferem no seu alcance.

²⁶ Ac. TJ, de 12-10-2004, Proc. C 313/02.

2.1. Discriminação Direta

Segundo a Diretiva 2000/78²⁷, e de acordo com o seu art. 2.º, al. a), considerar-se-á a existência de discriminação direta sempre que em razão de uma deficiência, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Na senda desta Diretiva vem o CT estabelecer, no art. 23.º, que haverá discriminação direta sempre que, em razão de deficiência²⁸, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa em situação comparável.

Assim, serão três os elementos caracterizadores desta forma de discriminação. Terá de existir um *tratamento* por parte da entidade empregadora, esse mesmo tratamento deverá ser *menos favorável* perante uma *situação comparável*. Vejamos.

Quando se invoca a necessidade de um tratamento menos favorável entende-se que este deverá de facto ser perpetrado de forma objetiva, ou seja, não bastará uma mera declaração de intenção, pelo contrário, deverá existir uma ação material, que poderá assumir diversas realidades entre as quais, a título de exemplo, uma ordem emitida, uma recusa de um qualquer Direito ou a emissão de uma norma interna.

Este tratamento deverá ter a veste de *desfavorável*, como segundo requisito, na medida em que irá tratar de forma menos favorável um sujeito. Como tivemos a oportunidade de ver anteriormente, será discriminatório todo o comportamento que trata de forma igual o que é diferente e o que trata de forma diferente o que teoricamente é semelhante. A discriminação direta assume a segunda vertente no sentido de tratar de forma diferente, desfavoravelmente, duas situações idênticas. Haverá por isso um comportamento desfavorável da parte da entidade empregadora quando, sem mais, distingue situações que não deveria distinguir por motivos de igualdade material, assumindo esta falta de similitude um comportamento discriminatório.

Por fim, temos o terceiro elemento que consiste na *situação comparável*. Objetivamente, terá que existir um outro trabalhador com as mesmas qualidades subjetivas (qualificação, antiguidade, produtividade, entre outras) para se poder dizer que o comportamento é discriminatório. Sendo a discriminação um conceito relacional,

²⁷ Diretiva 2000/78/CE que vem estabelecer um quadro geral na luta contra a discriminação em razão de vários motivos entre os quais a deficiência, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento.

²⁸ Motivo previsto no art. 24.º. No entanto, mesmo que tal não sucedesse a lista deste preceito é meramente exemplificativa podendo ser aplicado a outros motivos potenciadores de discriminação que ali não constem. Neste sentido, Júlio Gomes, ob. cit. p. 423.

ela implicará indubitavelmente um juízo de comparação entre duas situações semelhantes. Só assim sucedendo é que poderemos classificar um comportamento como discriminatório por assumir uma veste de desvantagem relativamente a outrem²⁹.

Como observaremos em tempo oportuno, o tema tratado em tese recairá sob esta vertente discriminatória. A discriminação por associação em razão de deficiência foi considerada como direta por existir da parte da entidade empregadora um comportamento desvantajoso, neste caso intencional, perante uma trabalhadora que se encontrava em situação comparável com outros trabalhadores. Veremos adiante este processo em pormenor.

2.2. Discriminação Indireta

Em consonância com o atrás descrito, também a Diretiva 2000/78 e o CT definem, de forma aproximada, o conceito de discriminação indireta. Considerar-se-á que existe um comportamento discriminatório na veste de indireto quando uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada deficiência, comparativamente com outras pessoas. Não obstante, este comportamento não será considerado como discriminatório se porventura se revelar como objetivamente justificado por um fim legítimo atendendo à proporcionalidade dos meios aplicados.

Por conseguinte, serão quatro os elementos caracterizadores desta modalidade de discriminação. Numa primeira fase teremos uma *disposição, critério ou prática*, que será *aparentemente neutra*, e faça com que certas pessoas, porque ligadas a uma deficiência, fiquem numa *situação de significativa desvantagem relativamente a outras*, e que por último, como vimos, que essa mesma disposição ou prática *não sejam consideradas como justificadas*.

Importante será ressaltar a aparente neutralidade de tal comportamento. Num olhar superficial não se deverá conseguir encontrar uma discriminação. Um critério, por exemplo, é aplicável a todos os trabalhadores e por isso, numa visão estritamente formal não haverá qualquer discriminação.

²⁹ No entanto pode uma conduta não constituir uma discriminação direta se for objetivamente justificável, como refere Pascal Lokiec e Sophie Robin-Oliver, *Revue de Droit du Travail*, Dezembro, 2008, p.761, “Em princípio uma discriminação direta não é justificável (...) a menos que o tratado / Direito derivado forneça uma justificação expressa”.

Com efeito, esta modalidade de discriminação, ao contrário do que sucede com a discriminação de forma direta, irá ter como essência um comportamento idêntico, por parte da entidade patronal, em situações que não possuem similitude, o que faz com que esse mesmo comportamento caia na veste de discriminatório pois atenta, ainda que de forma indireta, contra o princípio da igualdade material e, em última instância, contra a própria dignidade do trabalhador no seu ambiente profissional.

Quando não existe da parte do empregador um cuidado no sentido de diferenciar situações, porque devidas, entraremos no terceiro elemento desta conjuntura, no sentido da criação de efeitos prejudiciais em face do trabalhador que, indubitavelmente, ficará numa posição de significativa desvantagem. Esta característica do conceito de discriminação indireta tem uma função peculiar pois é neste momento que se demonstra que a igualdade aparente de tratamento é na verdade fator de discriminação, os efeitos daquele comportamento assumem assim “*elemento ou pressuposto da noção de discriminação indireta*”³⁰. Nestes termos, “a discriminação indireta difere da discriminação direta, na medida em que o enfoque já não é no tratamento diferenciado, mas sim nos efeitos diferenciados”³¹.

Por último, temos a possibilidade de um tratamento igualitário, que à partida deveria ser diferenciado pelos motivos atrás descritos, ser considerado como não discriminatório se for objetivamente justificado por motivos atendíveis, adequados e proporcionais. Denominadas por causas justificativas de discriminação³² são aquelas medidas que facultam ao empregador a adoção de um tratamento discriminatório mas que, por possuírem aqueles requisitos, serão consideradas conforme a legislação consagrada a este nível³³.

Podemos concluir assim que, se numa conduta discriminatória sob a forma direta existe um tratamento diferenciado, nesta modalidade, pelo contrário, tal não existe, existe sim uma omissão de tratamento diferenciado face a situações desiguais, o que faz com que a prossecução da justiça material seja colocada em causa. A situação de

³⁰ Rodriguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Discriminación, igualdad y acción positiva”, *Relaciones Laborales*, II, 1995, p. 86. Para uma melhor abordagem do alcance deste elemento, ver Luísa Gonçalves, ob. cit., p. 349.

³¹ Agência dos Direitos Fundamentais da UE, Conselho da Europa, Manual sobre a legislação europeia-Antidiscriminação, 2010, p. 33.

³² Para um desenvolvimento do tema Marie-Ange Moreau, “Les justifications des discriminations”, *Droit Social*, nº12, Décembre, 2002.

³³ Diretiva 2000/78, art. 5.º e 7º, e CT no art. º 25 n.º 2 (exemplos).

significativa desvantagem dá-se em ambas as modalidades, tendo apenas perfis diferentes.

Enquanto modalidades distintas de discriminação poderemos invocar que uma conduta direta será sempre, à partida, mais fácil de perceber, enquanto uma conduta indireta, pela sua veste de igualitária, será sempre mais difícil de determinar. Dificuldades de prova são frequentes quando nos debruçamos sob o problema da proibição de discriminação. Como consequência, será de importância fulcral atendermos ao instituto do ónus da prova que, como veremos, assume um aligeiramento quando se trata de provar, em sede jurídica, condutas discriminatórias. Será um assunto enunciado numa fase mais avançada deste trabalho, após a análise do caso controverso, objeto do nosso estudo.

2.3. Assédio como modalidade de discriminação

Estabelece o n.º 3 do art. 2.º, da Diretiva 2000/78, que o assédio é considerado discriminação sempre que ocorrer um comportamento indesejado relacionado com uma deficiência, com o objetivo ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa e de criar um ambiente de trabalho intimidativo e hostil. Na esteira desta definição, vem o CT de forma semelhante, caracterizar o assédio como uma possível forma de discriminação.

Quanto ao CT convém demonstrar que o assédio poderá eventualmente assumir o caráter de discriminação mas não se esgota aí³⁴. Será considerado discriminatório apenas se o comportamento tiver por base um dos motivos protegidos relativamente à discriminação. Não sendo relevante abordar o assédio não discriminatório, passaremos a considerar somente uma situação hipotética em que poderá existir um comportamento indesejado em ambiente laboral e que tenha como pano de fundo a deficiência, motivo discriminatório em causa.

³⁴ De referenciar que no CT de 2003 para existir assédio era necessário existir uma discriminação, hoje, no CT de 2009, este instituto não carece de um fator discriminatório para ser invocado em juízo. Para uma possível abordagem deste entendimento, Maria Regina G. Redinha, “Assédio – uma noção binária?”, PDT, nº 85, Jan.-Abril, 2010.

Elementos estruturantes desta forma de discriminação são um *comportamento indesejado*, baseado num fator *discriminatório*, com o *objetivo de perturbar ou constranger a pessoa* limitando a sua própria dignidade em ambiente laboral³⁵.

Um comportamento indesejado poderá apresentar-se em vários moldes, nomeadamente em condutas verbais menos próprias, em omissões de relacionamento e cortesia comuns em ambientes profissionais, em ordens da entidade patronal impossíveis de realizar pela sua excessividade, entre muitas outras.

Para o comportamento de assédio se assumir numa faceta discriminatória terá que ter como base de conduta um motivo discriminatório. Neste sentido, haverá assédio discriminatório em razão de deficiência se, a título de exemplo, o empregador injuriar frequentemente um cidadão portador de deficiência ou também, como veremos, uma mãe que tenha ao seu cuidado um filho portador de deficiência. Se enxovalhar este trabalhador com o intuito de lhe criar um ambiente hostil, de o aguilhoar pelas suas capacidades cognitivas, de lhe criar um enredo onde este não se sinta, de todo, confortável para exercer as suas funções profissionais, dar-se-á um comportamento de assédio na sua veste de discriminatório pois assenta num fator de discriminação, a deficiência.

Não obstante, ao contrário do que tivemos oportunidade de ver quando enunciamos as características da discriminação direta e indireta, aqui não existe a necessidade de um elemento de comparação. O comportamento é de tal forma lesivo e perturbador para o trabalhador na sua dignidade que isso bastará para preencher a conduta discriminatória na sua essência³⁶.

E é este atentado à dignidade do trabalhador que nos surge como último elemento, como corolário de uma panóplia de injúrias e de tratamentos humilhantes o sujeito ficará, certamente, fragilizado na sua auto-estima levando muitas vezes ao

³⁵ Anteriormente este tipo de discriminação era tratado como discriminação direta sendo juridicamente tratada como tal. Hoje o assédio é considerado de forma singular pois considerou-se que se tratava de uma forma de discriminação particularmente nociva, Conselho da Europa..., ob. cit., p 35.

³⁶ Defensora de uma nova concetualização quanto ao alcance da proibição de discriminação ligada à defesa da dignidade da pessoa humana e não ao princípio da igualdade, Marzia Barbera, “Eguaglianza e Differenza nella nuova Stagione del Diritto Antidiscriminatorio Comunitario”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n.º 99/100, p. 399 e ss, p. 412: “mas é sobretudo na definição de assédio que a nova perspectiva se torna mais evidente: segundo o legislador comunitário, o assédio deve considerar-se discriminação, e por conseguinte proibido, quando se traduz em um comportamento indesejado, adotado por um dos motivos proibidos e que tem como escopo, ou efeito a violação da dignidade de uma pessoa (...). Esta atenção incide sobre a idoneidade do acto para lesar o meio protegido, sem necessidade de instaurar uma comparação ou confronto com a situação de outros sujeitos”.

isolamento e, em última instância, poderá levar inclusive ao suicídio consoante a gravidade do comportamento lesivo³⁷.

3. A igualdade e o dever de não discriminação proclamados nos diferentes corpos normativos

Analizada a evolução concetual ocorrida relativamente ao princípio da igualdade, no sentido de criação de um ideal de igualdade como equiparação e diferenciação em simultâneo, faz-nos entender a existência de uma consagração de um modelo de justiça material nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Desde há largos anos que têm vindo a ser emanados, por diversas instituições, atos jurídicos que contemplam de forma mais ou menos direta a luta contra as desigualdades a par de um objetivo de respeito pelas diferenças entre os cidadãos.

Concomitantemente, em benefício do princípio da igualdade, surgiu o princípio da não discriminação que marcou definitivamente o percurso ocorrido em prol de uma sociedade mais justa e equitativa que assegure a dignidade do ser humano.

Por conseguinte, em relação a pessoas portadoras de deficiência, ou pessoas ligadas a sujeitos portadores de deficiência, têm vindo a ser consagradas inúmeras medidas positivas. Quanto a estes cidadãos, sujeitos que efetivamente não se encontram com as mesmas qualidades que outros que careçam de algum tipo de anomalia orgânica, a sociedade têm sido sensível no sentido de criar condições que lhes permitam viver com dignidade.

Com efeito, haverá a obrigação dos Estados em provocar um certo equilíbrio laboral. Dever-se-ão criar medidas específicas e positivas no sentido de diferenciar situações que de outro modo nunca seriam passíveis de conceder uma verdadeira uma igualdade de oportunidades a nível laboral.

São vários os diplomas que consagram este instituto de igualdade e não discriminação ainda que em muitos apenas se encontre plasmado de forma geral. Veremos em seguida, de forma sumaria, alguns destes diplomas, mais concretamente as normas que referem o princípio da igualdade, enunciando inclusive os preceitos que induzem condutas positivas em prol dos portadores de deficiência.

³⁷ Para mais desenvolvimentos, Júlio Gomes, ob. cit., p. 425 a 442.

3.1. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito da ONU

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Aprovada em 10 de Dezembro de 1948, a DUDH vem no seu art. 1.º proclamar a igualdade de todos os cidadãos³⁸. Refere ainda o art. 7.º que todos são iguais perante a lei e todos têm Direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole os princípios enunciados na Declaração. Não proclamando de forma direta a deficiência como forma de distinção, no art.2.º entende-se que pode abarcar a mesma, ainda que de forma mediata, pois a lista ali consagrada é meramente exemplificativa. Nestes termos, assume-se como protetora, ainda que de forma geral, destes cidadãos.

Convenções da Organização Internacional do Trabalho

Reconhecemos a consagração da vertente negativa do princípio da igualdade, ou seja, o princípio da não discriminação, num âmbito laboral e profissional, também no seio da OIT.

Surge em 1958 a Convenção n.º 111³⁹ que, no seu art. 1.º, qualifica a discriminação como toda a distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão. Terão assim os seus destinatários o dever de, segundo o art. 2.º, “formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”.

Mais tarde surge a Convenção n.º 156⁴⁰ relativa à proteção da igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores, com um enfoque na proteção de trabalhadores com responsabilidades familiares.

³⁸ A força vinculativa da DUDH no ordenamento jurídico português apercebe-se pelo n.º 2 do art. 16.º da CRP. Para uma melhor abordagem quanto ao carácter vinculativo da DUDH ver Jorge Miranda, Curso de Direito Internacional Público, 2ª ed., revista e atualizada, Principia, Cascais, 2002, p. 291 e ss.

³⁹ Aprovada para ratificação por Portugal pelo DL n.º 42 520, de 23-10-1959, Diário do Governo, I série, n.º 219, de 23-10-1959.

⁴⁰ Aprovada para ratificação por Portugal pelo Diário do Governo n.º 66/84, de 11-10-1984, DR, I série, n.º 236, de 11-10-1984.

Esta Convenção é importante para o desenvolvimento deste estudo pelo facto de proteger, como veremos, as responsabilidades familiares no âmbito laboral. Com efeito, a questão que se aborda em tese é a proteção de uma mãe trabalhadora, que tem como filho um sujeito portador de deficiência o qual carece dos seus cuidados, perante condutas discriminatórias por parte do seu empregador. Nesse sentido, torna-se relevante enunciar alguns preceitos constituintes deste corpo normativo.

De acordo com o art. 1.º “A presente Convenção aplica-se aos trabalhadores (...) com responsabilidades para com os filhos a seu cargo, quando essas responsabilidades limitem as suas possibilidades de se prepararem para a atividade económica, de acederem a ela, de nela participarem ou progredirem”. Por conseguinte, vem o art. 3.º enunciar que “A fim de instaurar a *igualdade efetiva de oportunidades* e tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos, cada membro deve (...) ter em vista permitir às pessoas com responsabilidades familiares e que ocupem ou desejem ocupar um emprego que exerçam o seu Direito de o ocupar ou de o obter *sem serem alvo de discriminação* e, tanto quanto possível, sem conflito entre as suas responsabilidades profissionais e familiares⁴¹”.

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A CNUDPD⁴² foi fruto de um consenso de toda a Comunidade Internacional. Sentiu-se a necessidade de ponderar sobre o paradigma da deficiência e que, por se entender ser de importância fulcral, a sociedade teria de se unir e criar um único corpo normativo que consagra-se os Direitos elementares destes sujeitos. Para tal, vem declarar e promover os Direitos humanos das pessoas com deficiência e reconhecer a proibição da discriminação contra estas pessoas em todas as áreas da vida.

Concomitantemente a esta proibição, a CNUDPD responsabiliza a sociedade na criação de condições que garantam os Direitos fundamentais das mesmas. Pretenderam assim realçar e garantir o respeito pela integridade, dignidade e liberdade individual de todas as pessoas portadoras de deficiência.

⁴¹ Ainda que numa visão de igualdade de género, ver o desenvolvimento ocorrido da proteção da igualdade de oportunidades para com a “mulher” através de Luísa Gonçalves, ob. cit., p. 304 ss.

⁴² Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/09, de 7-05-2009.

Diz-nos o art.1.º que “O objeto da presente Convenção é promover, proteger e garantir o pleno e igual gozo de todos os Direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interação com várias barreiras podem impedir a sua plena e efetiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros”⁴³.

Mais importante é para o nosso estudo o que vem enunciado no preceito seguinte, veja-se “*Discriminação com base na deficiência* designa qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo ou efeito impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os Direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Perante esta definição, podemos entender que o legislador optou por não circunscrever a proibição de discriminação a sujeitos portadores de deficiência mas a toda e qualquer ação discriminatória que tenha por base o motivo de deficiência. Neste caso, e assim entendo, a proteção conferida nesta convenção abrangerá todo e qualquer cidadão sujeito a comportamentos discriminatórios ainda que não seja ele próprio portador de alguma fragilidade orgânica e por isso deficiente.

Nesse sentido orientarei o meu estudo, ao procurar entender o alcance da proteção conferida pelos corpos normativos que protegem a igualdade material e por isso subjetiva dos cidadãos portadores ou não de alguma deficiência. Por agora mostra-se suficiente demonstrar a agitação que existe em torno do conceito de proteção dos cidadãos *com base na deficiência*.

3.2. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito do Conselho da Europa

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Adotada em Roma, a 4 de Novembro de 1950, a CEDH vem declarar a proibição de discriminação e a igualdade de tratamento no art.14.º. Não referindo a razão de deficiência *a priori* podemos entender que a compreende quando refere a proteção em “qualquer outra situação”. Ora, se é um motivo tantas vezes consagrado nas liberdades

⁴³ Até então nunca surgiu um conceito uniforme de deficiência, atenta a dificuldade que lhe é inerente. Nesse sentido, ver a nota 1058 de Júlio Gomes, ob. cit., p. 398.

fundamentais⁴⁴, sendo o propósito desta organização a defesa de tais Direitos como enunciado no seu preâmbulo (a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a proteção e o desenvolvimento dos Direitos do homem e das liberdades fundamentais), por maioria de razão, entendo que se poderá aplicar a proibição de discriminação em razão de deficiência.

Carta Social Europeia

Adotada em 18 de Outubro de 1961 e revista em 3 de Maio de 1996, vem no seu novo texto reconhecer a dignidade no posto de trabalho e a igualdade de oportunidades para quem possua responsabilidades familiares. Nesse sentido, estatui o art. 26.º o dever das Partes em assegurar o exercício efetivo do Direito de todos os trabalhadores à proteção da sua dignidade no trabalho.

Logo no artigo seguinte é referido que, para assegurar o exercício efetivo do Direito à igualdade de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores com responsabilidades familiares, as Partes comprometem-se a tomar medidas apropriadas, nomeadamente, medidas que permitiam àqueles entrar e permanecer na vida ativa ou regressar a ela após uma ausência devida a essas responsabilidades.

3.3. O reconhecimento do princípio da igualdade no âmbito da UE

Tratado sobre o funcionamento da UE e a Diretiva 2000/78

Podemos dizer que o nascimento da Diretiva 2000/78 surge como extensão do preceito 19.º do TFUE⁴⁵ (ex-art. 13.º do TCE), o qual refere “Sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado e dentro dos limites das competências que este confere à Comunidade, o Conselho (...) pode tomar as medidas necessárias para *combater a discriminação em razão (...) da deficiência*”.

Na esteira do TFUE, a Diretiva 2000/78 vem estabelecer um quadro geral de igualdade de tratamento na atividade profissional e é quase que homogénea relativamente ao preceito 19.º TFUE quando no art. 1.º refere “A presente diretiva tem

⁴⁴ No sentido de igualdade material, subjetiva de todos os cidadãos.

⁴⁵ Neste sentido, ainda que por força de outro motivo protegido, ver as Conclusões da Advogada-Geral, Eleanor Sharpston, apresentadas em 22-05-2008 relativas ao proc. C-427/06, cons. 49 e ss.

por objeto estabelecer um *quadro geral contra a discriminação em razão (...) de uma deficiência*”. Se compararmos os preceitos notamos que o motivo de deficiência se encontra presente em ambos. Isto porque, a proteção da dignidade e da autonomia de todas as pessoas consiste num dos objetivos da UE e aquelas pessoas, que se vêm ligadas a esta característica⁴⁶, são as que, por maioria de razão, mais facilmente podem ser sujeitas a tratamentos desfavoráveis, constituindo sujeitos de fácil assédio.

A Diretiva, seguindo os passos do artigo 19º TFUE, mas sendo restrita ao âmbito laboral e profissional, protege apenas os trabalhadores que tenham ligações ou sejam eles próprios portadores de alguma deficiência. Protege-se assim a sua autonomia e dignidade alcançando o princípio da igualdade de tratamento de todos os indivíduos, em todos os Estados-Membros. Não obstante esta inserção, o alcance desta proteção será adiante desenvolvido.

Carta de Direitos Fundamentais da UE⁴⁷

A Carta prevê no seu art. 20.º a igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Logo no preceito seguinte, art.21.º, é enunciado o princípio da não discriminação em razão da deficiência. Desta forma, também a Carta é hoje, e desde a sua consagração, protetora do princípio da igualdade e da não discriminação de todos os cidadãos⁴⁸.

3.4. O reconhecimento do princípio da igualdade no ordenamento jurídico português

Constituição da República Portuguesa

A CRP de 1976 é a primeira a consagrar um princípio de igualdade material na totalidade das suas virtudes, ou seja, como refere Machado Dray, surge “enquanto proibição de discriminações, proibição do arbítrio e obrigação de diferenciação, tendo

⁴⁶ Protege-se igualmente os motivos relacionados com o sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, idade ou orientação sexual, art. 19.º do TFUE.

⁴⁷ A CDFUE foi proclamada e assinada pelos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho da UE e da Comissão Europeia, por ocasião do Conselho Europeu de Nice a 7 de Dezembro de 2000. Hoje, anexa ao Tratado da UE, tem o mesmo valor jurídico que os Tratados – Art.6 n.º 1 do Tratado da UE.

⁴⁸ Para um estudo detalhado deste instrumento jurídico ver Ana Luísa Riquito, Catarina Ventura, J.C. Vieira de Andrade, J.J. Gomes Canotilho, Miguel Gorjão-Henriques, R.M. Moura Ramos e Vital Moreira, Carta de Direitos Fundamentais da UE, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

em vista a promoção de uma igualdade real entre os portugueses”⁴⁹. A CRP vem assim consagrar no art.13.º o princípio de igualdade real, proibindo condutas discriminatórias no n.º 2 do mesmo preceito. De referir que a razão “deficiência” não se encontra ali consagrada, todavia tem-se considerado os motivos expressos como sendo meramente exemplificativos⁵⁰.

Quanto à proteção dos trabalhadores a CRP possui vastas disposições⁵¹ onde consagra a sua proteção. Denominados de Direitos fundamentais do trabalhador, “iluminados por uma ideia de dignidade humana e do trabalho em que o próprio sentido de realização de igualdade tem dominante importância”⁵², estes são tratados de forma extensíssima na nossa CRP, havendo quase a ideia de uma “Constituição Laboral”⁵³.

Código do Trabalho

Na senda da CRP, o CT vem consagrar o princípio da igualdade de tratamento e oportunidades no acesso ao emprego e no âmbito deste.

Por conseguinte, ninguém poderá ser prejudicado em razão de uma deficiência. E, nesse sentido, é referido no art.27.º que não se considera discriminação uma qualquer medida que beneficie certo grupo desfavorecido com o intuito de assegurar a justiça material.

O CT actual foi mais longe ao consagrar no art. 86.º, de forma geral, que caberá ao Estado assegurar que a igualdade de oportunidades seja efetivamente praticada pelo empregador a não ser que acarrete encargos desproporcionais para o mesmo.

⁴⁹Machado Dray, ob. cit., p. 100; Quanto ao entendimento do alcance do princípio da igualdade consagrado naquele preceito ver Ac. TC n.º 186/90, Proc.533/88, 2.ª Secção, de 6-06-1990, DR, II Série, de 12-09-1990.

⁵⁰ Nesse sentido, opinam os autores Gomes Canotilho e Vital Moreira quando referem que “aí se contam os mais frequentes e historicamente os mais significativos dos elementos fundadores de diferenças de tratamento jurídico. Mas esse elenco não tem obviamente carácter exaustivo, sendo puramente enunciativo (...). São igualmente ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos, sempre que se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o Estado de Direito Democrático, ou simplesmente arbitrários ou impertinentes”, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4ª ed. Revista, 2007, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, p.340.

⁵¹ Para uma extensa abordagem Bernardo Xavier, “A Constituição como fonte do Direito do Trabalho”, in Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina, Coimbra, p. 182 e ss.

⁵² Bernardo Xavier, ob. cit., p. 164.

⁵³ De novo, para uma completa abordagem Machado Dray, ob. cit., p. 105 e ss.

Nos preceitos seguintes são proclamadas medidas positivas em favor dos sujeitos portadores de deficiência, especificando, por exemplo, que a estes não será obrigatório, se prejudicar a sua saúde, realizar certas formas de organização de tempo de trabalho, e ainda a não obrigatoriedade de trabalho suplementar.

CAP. II – O SURGIMENTO DA PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO EM RAZÃO DA DEFICIÊNCIA

1. Origem, fundamentos, problema e interpretação do Direito da UE

1.1. Processo *Coleman* como fundador da discriminação por associação em razão de deficiência

O Ac. *Coleman*⁵⁴ desencadeou uma verdadeira interrogação por parte de diversos autores europeus. Foi considerado inovador nesta matéria pois até então o TJ não teria tido a oportunidade de abordar a amplitude da proibição da discriminação consagrada na Diretiva 2000/78 enquanto defensora de certos grupos de cidadãos ou, pelo contrário, como se concluirá, de certas características protegidas⁵⁵.

Neste processo foram suscitadas questões que proporcionaram a possibilidade de nascer no Direito comunitário uma nova visão do princípio geral de discriminação quanto à característica protegida e, conseqüentemente, de ampliar o seu alcance, fornecendo, eventualmente, aos Estados-Membros uma nova linha comum que estes deverão seguir nos seus ordenamentos internos⁵⁶.

O incidente em apreço sucede no Reino Unido, entre Sharon Coleman, trabalhadora numa sociedade de advogados, denominada por Attridge Law, e o seu empregador, sociedade descrita. É proposto ainda contra Steve Law, um sócio desta sociedade.

Sharon Coleman exercia as suas funções de secretária desde 2001. No ano seguinte, em 2002, deu-se o nascimento do seu filho que sofria de doenças denominadas por broncomalácia, laringomalácia congénita e apneia sendo, por isso, considerado

⁵⁴ Ac. do TJ, Proc. C-303/06.

⁵⁵ Já existiam arestos que prenunciavam a figura de discriminação por associação, mas sempre ligados à raça humana. Ver Bruno Mestre, "Discrimination by association: protected by EC Law but limiting the scope of Mangold", *European Law Reporter*, 2008, p. 304 e 305.

⁵⁶ Neste sentido, Gabriel N. Toggenburg, "Discrimination by association: a notion covered by EU equality law?", *European Law Reporter*, 2008, p. 84, quando refere "A um nível conceptual, Coleman estabelece as bases para a futura interpretação de discriminação".

como portador de deficiência. Em 4 de Março de 2005, aceita cessar voluntariamente o seu contrato de trabalho.

A ação tem início em 30 de Agosto, no mesmo ano da cessação do vínculo laboral, 2005, tendo sido intentada, pela trabalhadora, junto do Tribunal de Trabalho de Londres (*Employment Tribunal, London South*), contra os seus anteriores empregadores.

A autora alegou em juízo que a razão pela qual denunciou o contrato teria sido causada por comportamentos discriminatórios da parte daqueles, em relação à sua condição de mãe de um filho portador de deficiência. Nos seus argumentos factuais, invocou o tratamento menos favorável que recebia em face de outros trabalhadores que tinham filhos não portadores de deficiência, arguindo ainda que, por várias vezes, foi sujeita a comentários menos dignos que colocavam em causa a sua atuação e o seu mérito profissional.

Pormenorizando as condutas a que foi sujeita, Sra Coleman mencionou, nomeadamente, que aqueles usaram o adjetivo “preguiçosa” quando esta requereu dispensa laboral com o propósito de ajudar a cuidar do seu filho. Aquando do seu regresso da licença de maternidade, foi-lhe negada a retoma das suas funções anteriores. Não lhe forneceram a mesma flexibilidade de horários de que outros, seus semelhantes, beneficiaram por terem filhos menores. Foi sujeita a um processo disciplinar. Num outro momento, apresentou uma queixa relativa ao tratamento a que estava a ser sujeita, a qual não foi considerada nos devidos termos e, por fim, mas não menos grave, diziam que a trabalhadora utilizava o “raio do miúdo” para se eximir das suas obrigações laborais.

Estes factos pronunciados pela Sra. Coleman foram acompanhados por uma enunciação de preceitos de legislação nacional e comunitária de forma a uma melhor defesa. Invocou a *DDA*, relativa à proibição de discriminação em razão de deficiência e, concomitantemente, a Diretiva 2000/78 que, como suprarreferido, estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

Sucintamente, relacionou a *DDA* com as finalidades gerais da Diretiva. Defendeu que os valores daquela deveriam influenciar na extensão da defesa a um comportamento discriminatório, não apenas a quem seja deficiente mas também a quem esteja a ser discriminado por ter algum tipo de relação com uma pessoa deficiente. Defendia, portanto, um conceito amplo de proteção conferido pela Diretiva, e que esta deveria ser a linha de interpretação seguida pelo tribunal nacional.

Este não era, de todo, o entendimento do empregador. Este, pelo contrário, defendia um conceito estrito de proteção, invocava que a *DDA* apenas conferia proteção aos próprios trabalhadores deficientes sujeitos a discriminação laboral. Alegava ainda que o Direito comunitário e as suas raízes expressas, como as Diretivas, quanto a assuntos relacionados com Direitos fundamentais, teriam apenas competências mínimas, seriam os Estados-Membros a optar, dentro dos seus limites, por uma maior proteção.

Perante o caso em apreço e as dúvidas que, inevitavelmente, lhe surgiram o tribunal nacional entendeu ser necessário o envio imediato das questões prejudiciais para o TJ. Assumiu que a eventual veracidade dos factos retratados pela demandante, uma vez provados em audiência, só fariam sentido no caso de a Diretiva proteger efetivamente a discriminação por associação. Assim, antes de se pronunciar sobre a prova dos mesmos, procedeu ao reenvio prejudicial para o TJ de forma a perceber, em primeira linha, se a autora poderia ter mérito nos seus argumentos quanto ao alcance jurídico da Diretiva em questão.

Foram apresentadas as seguintes questões pelo tribunal de reenvio:

- “1- No contexto da proibição de discriminação em razão de uma deficiência, a diretiva protege da discriminação direta e do assédio unicamente as pessoas que são, elas próprias, deficientes?
- 2- Se a resposta à primeira questão for negativa, a diretiva protege os trabalhadores que, não sendo eles próprios deficientes, são tratados menos favoravelmente ou assediados em razão da sua relação com uma pessoa que é deficiente?
- 3- No caso de um empregador tratar um trabalhador menos favoravelmente do que trata ou trataria outros trabalhadores, e de se demonstrar que o fundamento para esse tratamento do trabalhador é o facto de este ter um filho deficiente a seu cargo, esse tratamento constitui uma discriminação direta em violação do princípio da igualdade de tratamento consagrado na diretiva?
- 4- No caso de um empregador assediar um trabalhador e de se demonstrar que o fundamento para o tratamento do trabalhador é o facto de este ter um filho deficiente a seu cargo, esse assédio constitui uma violação do princípio da igualdade de tratamento consagrado na diretiva?”.

1.2. A posição do Advogado-Geral, Poiares Maduro

Considerando as questões emanadas pelo tribunal de reenvio, Poiares Maduro optou por colocar nas suas conclusões gerais⁵⁷ apenas uma questão de Direito:

“A diretiva protege pessoas não deficientes que, no âmbito do seu trabalho, sofram de discriminação direta e/ou sejam vítimas de assédio em razão da sua relação com uma pessoa deficiente?”

As suas conclusões foram breves, sem grandes inquietações. Defendeu os valores inerentes à Diretiva e não os sujeitos diretamente discriminados. Pautou-se por uma linha de realce dos princípios básicos proclamados no Tratado, afirmando que a igualdade de tratamento é apenas adquirida quando os valores da dignidade e autonomia pessoal são efetivamente praticados no seio da UE. Havendo margem para possíveis discriminações dar-se-ia um efeito oposto, enfraqueceria a proteção pretendida e dar-se-ia azo a violações dos princípios consagrados.

A Diretiva em apreço é um corolário prático do Tratado e, se este tem na sua base a prossecução de um ideal de igualdade material entre todos, não se poderia impor uma conceptualização divergente quanto a uma eventual interpretação de uma Diretiva Comunitária que tem aquele como antecessor.

Pormenorizando a sua avaliação, Poiares Maduro começa por comentar a origem da Diretiva em análise. A sua fonte é, como sabemos, o art. 19.º do TFUE. Refere, quanto ao teor deste preceito, que a primeira coisa que devemos atentar consiste na identificação tipificada dos motivos possíveis de discriminação, isto porque se considera “serem as razões que normalmente estão na origem de uma discriminação”. Este artigo deve ser encarado como a base de outros corpos normativos que contenham o intuito de “combater discriminações assentes nas referidas razões”⁵⁸. Assim, este preceito nunca poderá ser considerado como permissivo de legislação que não lhe seja conforme quanto aos objetivos e valores sustentados. Ainda que, como refere Poiares Maduro, o Conselho tenha uma ampla discricionariedade quanto à “adoção de medidas adaptadas a circunstâncias e contextos sociais específicos”, o espírito daquela norma nunca poderá ser posto em causa e terá de ser interpretada à luz dos seus objetivos.

⁵⁷ M. Poiares Maduro, Conclusões Gerais de 31-01-2008, Proc. 303/06.

⁵⁸ Como refere Maria Isabel Pujol, “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos Europeus de Deusto*, n.º40/2009, p. 204, “o teor literal do art.13.º do TCE constitui a base jurídica da Diretiva 2000/78”.

Nos parágrafos seguintes opta por uma análise mais ética comentando os princípios, os valores, os ideais prosseguidos pela Comunidade. Diz-nos que o art.19.º TFUE é a consequência do “compromisso do ordenamento jurídico da Comunidade para com o princípio da igualdade de tratamento e da não discriminação”. Nestes termos, como já foi referido, nenhuma legislação com finalidades análogas poderá comportar uma interpretação diferente.

Para reforçar esta reflexão invoca jurisprudência anterior, como o Ac. *Mangold*⁵⁹, onde se concluiu que a Diretiva em questão é “um aspeto prático do princípio da igualdade”.

Note-se que, como refere, “A igualdade não é apenas um ideal político e um objetivo a atingir, mas um dos princípios fundamentais do Direito comunitário” que, por sua vez, se traduz num valor elementar, como também a dignidade da pessoa humana e autonomia pessoal. Esclarece, no ponto 9, que a dignidade, no seu nível mínimo, implica o “reconhecimento da igualdade de valor de todos os indivíduos”. Nesse sentido, somos todos iguais e nenhum de nós é superior ou inferior a ninguém. Ainda neste ponto, refere que “os indivíduos devem poder traçar e conduzir o curso das suas vidas através de uma sucessão de escolhas entre diversas opções válidas”, o que se traduz na autonomia pessoal de cada ser. O exercício desta autonomia pressupõe, portanto, estas livres escolhas; só assim se alcança um nível de vida próprio e digno de um ser humano.

Atendendo à grandiosidade destes valores, a UE através do art.19.º TFUE, e posteriormente com a Diretiva 2000/78, pretendeu proteger os cidadãos implementando as referidas normas e tipificando as razões específicas passíveis de discriminação⁶⁰. Por conseguinte, como afirma o mesmo autor “A forma mais evidente de afetar a dignidade e a autonomia de uma pessoa consiste em ser-se diretamente atacado por se ter uma característica que está normalmente na origem de uma discriminação”.

No ponto 10 e seguintes, vem demonstrar que a afetação da dignidade e da autonomia pessoal não é conseguida apenas atingindo a pessoa diretamente. Será possível haver discriminação, com base naquelas características, efetuada de forma não tão visível mas com a mesma gravidade, quando se discrimina um trabalhador por este ter uma ligação próxima a uma pessoa possuidora de uma daquelas particularidades.

⁵⁹ Ac. do TJ de 22-10-2005, Proc. C-144/04.

⁶⁰ Nesse sentido, Isabel Pujol, ob. cit., “o princípio da igualdade de tratamento consagrado na Diretiva citada não se aplica a uma determinada categorias de pessoas mas sim em função dos motivos contemplados”.

Quanto a esta reflexão refere que “um conceito sólido de igualdade implica que estas formas mais subtis de discriminação devem também ser abrangidas pela legislação antidiscriminatória⁶¹ na medida em que afetam, também, as pessoas que são objeto de «*suspect classifications*»⁶²”.

Portanto, mesmo não sendo portador de qualquer deficiência, o trabalhador numa situação como a que está em causa está a ser discriminado no seu âmbito profissional e, inevitavelmente, é um meio para a possibilidade de discriminação do seu ente próximo. Deixar-se que estas pessoas sejam discriminadas, mesmo que indiretamente, atacaria os valores proclamados pela Comunidade. O trabalhador que se vê nesta situação tem como consequência a sua autonomia oprimida pois ao ser discriminado não tem, de todo, uma livre escolha que é, como suprarreferido, uma componente da autonomia pessoal. Tendo sido sobre estes valores que nasceu a Diretiva em apreço, Poiares Maduro foi crítico quanto à possibilidade da não proteção da discriminação por associação demonstrando-se favorável à sua legitimação.

Refere que o que se tem que ter em conta é, desde logo, o art. 1.º da Diretiva quando refere “em razão (...) de deficiência”. Ora, é do seu entender que não podemos concluir que todas as formas de discriminação sejam erradas em contexto laboral; por exemplo, não será de estranhar a possibilidade que existe da parte do empregador em contratar um trabalhador de confiança e responsável em vez de um sujeito de capacidades dúbias em termos de personalidade e empenho laboral.

Entende-se assim que os motivos expressos atuam como limitadores daquela possibilidade, ou seja, “O que determina se a conduta do empregador é ou não aceitável, e determina que a lei seja aplicada, é o motivo de discriminação em que o empregador se baseia em cada situação”.

Por conseguinte, a ilegalidade de uma possível discriminação assenta nas razões ali expressas e foi exatamente nesse sentido que o legislador comunitário estruturou a legislação em causa. Com efeito, não haverá margem de dúvida em considerar ilegal

⁶¹ Como refere Le Barbier Le Bris, “L’actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”, *Revue de Jurisprudence Social*, 2008, p. 884, “Este é um dos principais argumentos defendido pelo advogado-geral, que insiste no facto de a legalidade, princípio fundamental do Direito comunitário, ser sustentada por valores como a dignidade humana e de autonomia pessoal, e a sua não aplicação seria prejudicial ao combate da discriminação e inclusive as hipóteses de “discriminação por associação”.

⁶² Nas palavras de Poiares Maduro, trata-se de um conceito do Direito constitucional americano, que consiste na “diferenciação de um grupo tendencialmente sujeito a discriminação, por força de determinada característica”.

qualquer discriminação que assente na razão de deficiência. “A diretiva opera ao nível das razões da discriminação”.

Desta forma, podemos concluir que a posição deste jurista não apresenta qualquer incerteza em face do alcance do princípio da igualdade prescrito neste corpo normativo. Entende que os motivos ali consagrados devem ser respeitados independentemente da pessoa ser ou não caracterizada pelos mesmos, posição à qual adiro sem reservas.

O comportamento objetivo, precursor da possibilidade de discriminação, é que não poderá ter na sua essência o atentado àquelas razões. De outra forma, sempre que um comportamento tiver um objetivo primário de restringir a plena igualdade de tratamento de uma pessoa que é, ou se encontra associada a alguém, portadora de deficiência, o que se tem de ter em conta é a presença efetiva de *discriminação com base na deficiência*. Nesse sentido, considera-se a existência de discriminação sempre que a atuação do empregador discrimine algum seu subordinado por estar relacionado com um sujeito portador de deficiência.

1.3. A posição do Tribunal de Justiça

O TJ, chamado a pronunciar-se relativamente às questões prejudiciais levantadas pelo tribunal de reenvio, suprarreferidas, vem nas suas conclusões separar, numa primeira fase, as mesmas. Começa por responder à primeira parte da primeira questão em conjunto com a segunda e terceira questões. Em causa está, como sabemos, a apreciação da Diretiva 2000/78.

Considerando o teor dos primeiros preceitos da Diretiva que conferem um quadro geral de proteção contra a discriminação a par de um princípio geral de igualdade de tratamento não se denota qualquer limitação subjetiva de proteção.

Pelo contrário, a Diretiva em análise tem como objetivo lutar contra todas as formas de discriminação em razão de deficiência num âmbito laboral. Esclarece ainda que o referido princípio de igualdade de tratamento aferido neste domínio aplica-se não a uma determinada categoria de pessoas, mas em função das razões referidas no art.1.º.

Certos Estados-Membros⁶³ tentaram contrariar esta reflexão afirmando que se existem, nesta mesma Diretiva, disposições que só fazem sentido quando se trata de

⁶³ Respetivamente, Reino Unido, Grécia, Itália e Holanda.

pessoas portadoras de deficiência, porque especificamente só a estas é possível terem sentido integral, então teria de existir na realidade um objetivo do legislador comunitário em limitar este corpo normativo a uma certa categoria de pessoas.

Confrontado com tal interpretação, o TJ vem afirmar que se é verdade que a Diretiva prevê disposições que só serão aplicáveis a pessoas portadoras de deficiência, a razão em si mesma destas é tão-somente o objetivo de uma discriminação positiva relativamente àquelas ou de se tratar de medidas específicas que eventualmente seriam destituídas do seu alcance e tornar-se-iam desproporcionais se não tivessem aquelas pessoas como sujeitos imediatos. Quanto a este aspeto, o TJ termina afirmando que não será por existirem disposições restritas a pessoas portadoras de deficiência que haverá restrições ao princípio da igualdade de tratamento plasmado nesta Diretiva.

Ainda a favor de uma interpretação restrita de proteção surge um outro argumento aduzido novamente por parte de alguns Estados-Membros. Sustentam a sua inclinação invocando a jurisprudência inerente ao Ac. *Chacón Navas*⁶⁴, a qual seguiu uma interpretação restrita do conceito de deficiência e da sua relevância na relação de trabalho.

Neste aresto, a parte demandante teria sido despedida pela entidade patronal enquanto se encontrava de baixa por doença. O TJ concluiu que a razão protegida pela Diretiva é tão-somente uma deficiência e não uma qualquer doença. E mesmo não havendo um conceito de deficiência presente na Diretiva entende-se que deverá ser um conceito de longa duração. Por conseguinte, não se poderá estender a proteção a outros motivos que não os ali presentes, como é o caso de doença.

O que não se deverá confundir com o caso em apreço, pois existe efetivamente uma discriminação em razão de uma deficiência, só isso bastará para existir proteção ao abrigo das disposições em causa.

Posto isto, entendemos que a resposta do TJ, ao ser confrontado com tal argumento da parte dos Estados-Membros quanto à restrição de proteção a pessoas portadoras de deficiência, não pode ser senão a sua negação pelos motivos expostos.

As suas respostas quanto às questões acima descritas foram claramente no sentido de afirmar a extensão da proteção, quanto a uma possível discriminação direta, a todo e qualquer trabalhador que seja vítima de tal comportamento e não apenas aos sujeitos portadores de deficiência. O TJ defendeu a existência de uma discriminação

⁶⁴ Ac. do TJ de 11-07-2006, Proc. C-13/05.

direta, pois o tratamento desfavorável, desigual, ao qual a demandante foi sujeita obedece ao pressuposto de situação comparável (com outro trabalhador) que, como vimos, preenche os requisitos da mesma.

As finalidades do Tratado assentam em princípios de igualdade, neste caso de igualdade de tratamento, e caso se restringisse uma efetivação deste princípio nestas situações não se estaria a lutar pela igualdade de todas as pessoas, pela sua dignidade.

Quanto à segunda parte da primeira questão e à quarta questão o TJ vem, sucintamente, dizer que sendo o assédio considerado uma forma de discriminação, na aceção do n.º 1 do art. 2.º da Diretiva 2000/78, em consonância com tudo o que foi supramencionado, também deve ser aplicável a todo e qualquer trabalhador e não apenas a quem seja portador de deficiência. Com efeito, sempre que um trabalhador seja afetado por um tratamento indesejável por parte da entidade patronal, por ter que prestar cuidados essenciais a um filho deficiente, poder-se-á defender de acordo com as disposições salientadas pois constituem ações discriminatórias violadoras do princípio da igualdade de tratamento consagrado nesta Diretiva.

CAP. III – A DIRECTIVA COMUNITÁRIA E O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

1. O carácter vinculativo da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

As Diretivas consistem num instrumento comunitário que nos termos do art.º 288 TFUE (ex-art. 249 TCE) impõe aos Estados-Membros a obtenção de um certo resultado, deixando aos mesmos a liberdade na escolha dos meios para os alcançar.

Poderão, e não raras vezes assim sucede, haver situações de incumprimento na transposição destas, quer pelo não cumprimento dos prazos devidos, quer pela transposição incorreta das mesmas. Hoje, existem três meios em favor dos trabalhadores para que estes se possam valer, em caso de litígio, de uma Diretiva Comunitária. São eles: a invocação do efeito direto vertical; um eventual pedido de indemnização ao próprio Estado⁶⁵ violador da ordem de transposição e o recurso ao princípio da interpretação conforme, figura que neste caso assume especial relevância.

Um outro problema poderá surgir se alguma dúvida se levantar, em sede de litígio, num tribunal nacional quanto ao alcance de uma disposição presente numa Diretiva. Neste caso, de acordo com o art. 267.º do TFUE (ex-art. 234.º TCE), o TJ deve ser chamado a pronunciar-se para interpretar o sentido da norma, pois a este compete-lhe a função de interpretação do Direito comunitário. A esta interpretação caberá uma função de harmonização do Direito da União no sentido de que será vinculativa para todos os tribunais nacionais dos Estados-Membros, nos termos que serão analisados *infra*.

⁶⁵ Não se revelando útil o seu desenvolvimento remete-se o seu estudo para Sofia Pais, “Incumprimento das Directivas Comunitárias”, in *Dois Temas de Direito do Trabalho*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, p.35 a 74.

1.1. O efeito direto vertical e a falta de eficácia horizontal

O efeito direto vertical das Diretivas é pela primeira vez abordado, enquanto ato isolado, no Ac. *Van Duyn*⁶⁶. Neste aresto, o TJ foi chamado a pronunciar-se acerca da possibilidade de uma cidadã se fazer valer de Direitos proclamados numa Diretiva. O TJ respondeu afirmativamente dizendo que as Diretivas poderiam ser um meio de defesa dos cidadãos perante o Estado, quando este violasse disposições nelas contidas, desde que as normas respetivas fossem claras, precisas e incondicionais e, desde que o prazo de transposição da mesma tivesse expirado⁶⁷. Reconheceu assim o efeito direto vertical⁶⁸.

No entanto, se atendermos ao alcance desta decisão, vemos que nem todos os trabalhadores estão cobertos por este meio. Apenas os que têm como empregador o Estado⁶⁹ poderão eventualmente beneficiar deste instituto. Ou seja, um litígio que tenha como partes unicamente particulares não será protegido por esta figura. Esta proibição de eficácia horizontal é afirmada no Ac. *Marshall*⁷⁰ pelo TJ.

Neste litígio, o TJ foi chamado a pronunciar-se acerca da legitimidade de um despedimento de uma trabalhadora. Em causa estaria uma discriminação de género, provocado por uma entidade privada. O TJ esclareceu que “uma Diretiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular, e que uma disposição de uma Diretiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa”⁷¹. Nasce assim a instrução, que nos acompanha até hoje, de que o efeito horizontal não é devido, por isso ilegítimo, porque os sujeitos das Diretivas são apenas os Estados. Esta afirmação resulta, desde logo, da definição de Diretiva referida *supra*.

Pelo contrário, quanto ao efeito direto vertical, assume-se a possibilidade de um particular invocar disposições de uma Diretiva contra uma atuação do Estado, que viole

⁶⁶ Ac. de 3-12-1974, proc.41/74.

⁶⁷ Com o Ac. *Ratti* de 5-4-1979, proc. 148/78, o TJ esclareceu que, findo o prazo de transposição, se o Estado não implementou as disposições necessárias não se poderá valer do seu próprio incumprimento para negar o efeito direto da Diretiva.

⁶⁸ Para uma melhor abordagem, Sofia Pais, *Incumprimento...*, cit., p. 20 e ss.

⁶⁹ O Ac. *Marshall* vem declarar que os particulares podem atuar contra o “Estado” independentemente da forma como este atue, nomeadamente, autoridade pública ou empregador. Como se lê nas palavras de Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, “Efecto directo e invocabilidad interpretados de las directivas”, *Relaciones Laborales*, nº6, 2010, estendeu-se o conceito de “Estado” a toda a Administração Pública, incluindo as empresas públicas. Ver, também, Sofia Pais, “Algumas reflexões sobre o princípio da interpretação conforme no contexto da “transposição judicial” das diretivas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, p. 499.

⁷⁰ Ac. de 26-02-1986, proc.152/84.

⁷¹ Cons. 48.

o alcance da mesma, pois entende-se que sendo o Estado o sujeito imediato das Diretivas (art. 288 TFUE) cabe-lhe a obrigação de respeitar e implementar as disposições ali consagradas. Ora, não sendo os particulares os destinatários dos preceitos consagrados nas Diretivas, entende-se que não poderão ser alvo das obrigações impostas pelas mesmas e, por isso, não poderão ser responsabilizados. Neste sentido, o TJ invoca, além do argumento literal do art. 288 TFUE, a segurança jurídica e a distinção entre Diretiva e Regulamento para justificar a recusa do efeito direto horizontal.

1.2. O princípio da interpretação conforme

Como consequência da impossibilidade do efeito direto horizontal, nasce o *princípio da interpretação conforme* ao Direito da União. Este instituto é enunciado pelo TJ, numa primeira fase, no Ac. *Von Colson e Kamann*⁷² e, posteriormente, desenvolvido no Ac. *Marleasing*⁷³.

No primeiro litígio estava em causa uma deficiente transposição de uma Diretiva por parte do Estado Alemão. Como consequência, após o TJ ter declarado que “cabe ao tribunal nacional dar à lei adotada para a transposição da Diretiva (...) uma interpretação e aplicação de acordo com as exigências do Direito comunitário”⁷⁴, foi obrigado a adaptar a sua legislação nacional ao prescrito naquela mesma Diretiva.

Desta forma, o TJ vem afirmar que os Estados-Membros devem interpretar o seu Direito nacional, mormente o elaborado para transposição das Directivas, em conformidade com os valores inerentes às mesmas.

Uma curiosidade deste princípio é que, ao contrário da possibilidade que existe quanto a um efeito direto vertical sujeito a requisitos de clareza, precisão e incondicionalidade das disposições, aqui não será necessário, ou seja, mesmo que as disposições careçam daquelas qualidades poderá ser utilizado pelos particulares.

No segundo aresto, estavam em causa políticas de sociedades anónimas legisladas na Diretiva 68/151. Sucede que, na altura em que nasce esta controvérsia entre as duas sociedades, o Estado Espanhol ainda não teria transposto a Diretiva. Esta continha disposições diferentes em face da legislação nacional.

⁷² Ac. do TJ de 10-04-1984, proc. 79/83.

⁷³ Ac. do TJ de 13-11-1990, proc.C-106/89.

⁷⁴ Cons. 28.

O TJ reafirma a doutrina do Ac. *Marshall* na sua decisão, mas refere que ao tribunal nacional cabe uma interpretação feita “à luz do texto e da finalidade da Diretiva”⁷⁵. Nesse sentido, existiu uma intenção do tribunal em defender de forma eficaz as disposições emanadas no seio da União de tal forma que as mesmas sirvam, mesmo que entre particulares, para defesa dos Direitos dos cidadãos. Assim, o TJ, além de novamente defender a aplicação do instituto da interpretação conforme, reconhece que para ser exequível pelos particulares, em sua defesa, nem sequer terá que existir uma eventual transposição da Diretiva. Nas palavras de Sofia Pais, “o tribunal nacional assume (...) a tarefa de transposição judicial, isto é, participa no processo para alcançar o resultado previsto na Diretiva”⁷⁶.

Com efeito, a jurisprudência do TJ, sobretudo nestes dois arestos, criou uma nova medida de defesa, contornando desta forma a proibição do efeito direto horizontal.

Não obstante a importância deste instituto, convém realçar que este não possui um alcance infinito, comporta algumas limitações⁷⁷. Uma das mais relevantes consiste na impossibilidade de ser *contra legem ao Direito nacional*, ou seja, a interpretação em conformidade com uma disposição do Direito nacional não poderá ser feita se a disposição nacional for completamente contrária ao teor da Diretiva. Este limite é referido no Ac. *Wagner Miret*⁷⁸. Nestes termos, terá de existir uma qualquer contextualização da lei nacional que permita uma interpretação em conformidade com a Diretiva.

Posto isto, podemos concluir que o princípio da interpretação conforme é um instituto que poderá em inúmeros casos servir os interesses dos particulares a nível privado, tornando-se assim um remédio de grande interesse e eficácia na realização das disposições das Diretivas da União.

A importância de termos realçado esta figura revela-se como essencial no desenvolvimento desta tese. Ainda que não tenha surgido qualquer controvérsia nos nossos tribunais semelhante à que aconteceu no ordenamento britânico, no processo *Coleman*, poderemos um dia ter a mesma querela em território nacional. Por conseguinte:

⁷⁵ Cons. 8.

⁷⁶ Sofia Pais, “Algumas Reflexões...”, cit., p. 490.

⁷⁷ No Ac. *Kolpinghuis* defendeu-se que este princípio nunca “poderá ter como efeito (...) determinar ou agravar a responsabilidade penal daqueles que infringem as suas disposições”. Surge neste mesmo Ac. um último limite, o princípio da segurança jurídica, afirmando-se que os sujeitos devem poder conhecer a norma jurídica para agirem em conformidade.

⁷⁸ Ac. do TJ de 16-12-1993, proc. C-334/92.

Poderá um qualquer particular, mesmo que em contexto privado, defender-se através deste princípio consagrado? Poderá um trabalhador que se sinta, no seu ambiente profissional, discriminado por ter um filho portador de alguma deficiência arguir em tribunal que a lei nacional deve ser interpretada em conformidade com a Diretiva que se lhe aplica?

Basta-nos numa primeira fase recorrer à legislação nacional, neste caso ao art. 24.º, nº 1, do CT, que em nada se opõe a uma resposta positiva a esta questão. Tivemos já oportunidade de atentar ao seu teor, o qual nos indica, de forma expressa, a proibição de discriminação em razão de deficiência. Por conseguinte, uma tal interpretação não será *contra legem*, sendo suficiente uma interpretação em conformidade com a Diretiva.

No entanto, no mesmo preceito não existe qualquer menção à possibilidade de defesa de um trabalhador em face de uma discriminação por associação. A questão aqui em causa não será a aplicação do princípio da interpretação conforme pois, como vimos, é relacionado com as normas nacionais, mas sim, a aplicação da jurisprudência interpretativa em face dos preceitos das Diretivas facultada por quem de Direito, o TJ.

1.3. A interpretação em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça

Como acima exposto, o TJ foi chamado a prenunciar-se relativamente à proibição de discriminação consagrada na Diretiva 2000/78. Sabemos que o Tribunal, ao ser confrontado com o alcance da mesma, se pronunciou num sentido lato abarcando a discriminação por associação. Sabemos também que a grande maioria dos Estados, nomeadamente Portugal, não têm nas suas legislações esta figura de forma expressa⁷⁹.

Com efeito, existindo uma interpretação do TJ (ao abrigo do art. 267.º do TFUE) quanto ao alcance de alguma disposição de uma Diretiva, como é o caso, todos os Estados-Membros devem seguir aquela mesma interpretação realizando-se desta forma uma harmonização legislativa.

Como refere Rodríguez-Piñero⁸⁰, “Nas diretivas laborais, a doutrina da interpretação conforme teve especial relevância e foi realçada frequentemente na jurisprudência comunitária (...). O princípio estendeu-se não somente à interpretação conforme da diretiva mas também à interpretação conforme à interpretação da diretiva

⁷⁹ Neste sentido, Gabriel Toggenburg, ob. cit., p. 87, que refere de que forma a discriminação por associação é imposta nas diversas legislações Estaduais.

⁸⁰ Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero, “Efecto directo...”, cit., p.8.

por parte do Tribunal de Justiça (...). Nestes casos, o Tribunal de Justiça não tratou de corrigir, através de interpretação, uma norma nacional com vista a colocá-la conforme a diretiva, mas sim de completar o que aquela não disse expressamente, através de uma doutrina jurisprudencial em sede comunitária que vem assegurando uma harmonização de conceitos e de direitos”.

Desta forma, o TJ ao interpretar as disposições de uma Diretiva vai concretizar “o objetivo macro da realização do princípio da uniformidade na interpretação e aplicação do Direito da UE. Como o Tribunal vai responder da mesma forma às perguntas que (...) sejam substancialmente idênticas, esses tribunais terão de aplicar de maneira uniforme o Direito da União”⁸¹.

Perante esta conjuntura, será fácil respondermos de forma positiva quanto à possibilidade de um juiz nacional, em processo similar, defender um cidadão vítima de discriminação por associação⁸².

Consagra-se assim, de forma geral, que serão os motivos potencialmente discriminatórios a ser protegidos e não uma certa categoria de sujeitos.

⁸¹ AAVV, *Princípios Fundamentais de Direito da UE, Uma abordagem jurisprudencial*, Coord. Sofia Pais, Almedina, Coimbra, 2011, p. 177; nas págs. seguintes desta obra vários autores expõem uma abordagem jurisprudencial deste princípio.

⁸² Maria Oliveira Tching, *O papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da UE e da Cidadania Europeia*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2012, “É da aplicação correcta e uniforme do Direito da UE pelos juízes nacionais que depende a eficácia do Direito Europeu (...) com vista a assegurar a interpretação e aplicação uniformes do Direito da UE pelos tribunais nacionais e, deste modo, alcançar-se a unidade e coerência do ordenamento jurídico europeu, instituiu-se o mecanismo do reenvio prejudicial, previsto no art. 267º do TFUE (...) Trata-se de um processo não contencioso, estranho a qualquer iniciativa das partes e assente na chamada cooperação jurisdicional entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais”.

CAP. IV – A PROVA EM SEDE DE DISCRIMINAÇÃO

1. A repartição do ónus da prova operada Direito da UE e nacional

De acordo com a regra geral do ónus da prova, presente no art. 342 CC, quem acusa deverá em sede de litígio provar os factos pelos quais acusa⁸³. Juridicamente esta é a regra. Todavia, existem exceções.

No âmbito da discriminação, a prova pode tornar-se, e normalmente assim sucede, demasiado onerosa para a parte que foi sujeita a comportamentos discriminatórios.

Normalmente, a discriminação é realizada pela parte mais “forte”; digamos que em sede de Direito laboral será, na maioria das vezes, a entidade patronal a tomar medidas discriminatórias para com os seus subordinados. Basta colocar a hipótese de ter que existir prova testemunhal por parte de colegas na tentativa de se responsabilizar tais comportamentos para entendermos que, pelo medo de represálias, esta será quase sempre inexistente. Acresce a este receio a não visibilidade de certas condutas, pois podem não suceder na presença de outrem, o fraco conhecimento de quais as condutas proibidas, o próprio sentimento de fraqueza e vergonha da vítima e a aparência neutral dos comportamentos. Nestes termos, e se não houver uma qualquer prova concreta, a ação estará, à partida, fracassada.

1.1. O ónus da prova na Diretiva 2000/78

O problema da prova no âmbito das políticas antidiscriminatórias foi um assunto sensível ao Direito europeu. Com um intuito de possibilitar uma maior protecção dos sujeitos discriminados, o ónus da prova foi alterado defendendo-se a sua partilha entre as partes. Assim, atendendo à dificuldade probatória existente por parte do sujeito vítima de discriminação, a legislação europeia prevê que, uma vez apresentados factos que

⁸³ Denominado por *onus allegandi*, Fernando Pereira Rodrigues, A Prova em Direito Civil, 1.ª ed., 2011, Coimbra Editora, Coimbra, p. 21.

façam presumir um comportamento discriminatório por parte daquele, caberá à contraparte provar a não existência de discriminação.

Considerou-se desta forma a possibilidade de aligeiramento do ónus da prova que, sem dúvida, torna menos onerosa a prova de discriminação, protegendo-se assim o demandante.

Com efeito, a Diretiva 2000/78, como outras que defendem princípios de igualdade, contém esta disposição expressa. Diz-nos o art.10.º que “quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação (...) do princípio da igualdade de tratamento apresentar (...) elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumbe à parte requerida provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento”. Assim, teremos dois momentos cruciais nesta equação.

Numa primeira fase, caberá ao sujeito eventualmente discriminado invocar quais os factos causadores da discriminação. Neste sentido, além de enunciar um tratamento desfavorável em face de outro trabalhador (requisito da discriminação direta ou indireta), terá que relatar em que medida esse tratamento poderá ter a veste de discriminatório, provando a ligação daquela conduta a uma característica protegida.

Ou seja, para a presunção ser aplicável ao caso terá obrigatoriamente de existir da parte da vítima um indício de discriminação⁸⁴. E só assim, invocados os reais factos precursores da discriminação, e após a presunção feita pelo tribunal, é que se inverterá o ónus da prova, cabendo ao demandado a prova de que não atuou naqueles termos.

Consequentemente, a segunda fase de atuação deste instituto versará sobre a prova da não existência da discriminação invocada por parte da vítima.

No caso em análise, o TJ nos seus considerandos 52 a 55 vem realçar este instituto. Enuncia que caberá a Sra. Coleman “provar, no tribunal de reenvio, factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta baseada na deficiência”. Se

⁸⁴ Conclusões do Advogado Geral Paolo Mengozzi, de 12-01-2012, Proc. C 415/10, “Num primeiro momento, incumbe à vítima alegar os elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação. Ou seja, deve apresentar um indício de discriminação. Num segundo momento, uma vez estabelecida essa presunção, a consequência imediata é deslocar para a recorrida o ónus da prova. (...) há de facto um ónus da prova que, apesar de atenuado, recai efetivamente sobre a vítima. Deste modo, mantém-se um certo equilíbrio que permite à vítima invocar o seu Direito à igualdade de tratamento e à parte recorrida não ser chamada a juízo com base exclusivamente nas afirmações da vítima”. De forma igual refere o TJ, no cons. 36, do mesmo processo, “Ao interpretar o art. 4.º, nº 1, da Diretiva 97/80, no seu Ac. Kelly, o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 30 do mesmo, que é à pessoa que se considera lesada pela inobservância do princípio da igualdade de tratamento que incumbe, numa primeira fase, demonstrar factos que permitam presumir a existência de uma discriminação direta ou indireta. Só quando essa pessoa demonstrar esses factos é que cabe ao demandado, numa segunda fase, provar que não houve violação do princípio da não discriminação”.

assim suceder “a aplicação efetiva do princípio da igualdade de tratamento exigirá então que o ónus da prova caiba aos demandados no processo principal, que devem provar que a violação do referido princípio não ocorreu”.

Já tivemos oportunidade de observar a matéria de facto invocada pela demandante neste processo e, ainda que não tenha sido objecto de análise pelo tribunal de reenvio pelos motivos supradescritos, podemos entender que existirá a aplicação deste instituto, pelo simples facto de a autora demonstrar que os comportamentos a que foi sujeita foram causados em razão da *deficiência* do seu filho e que tais comportamentos não existiram para com os seus colegas em situação semelhante.

Portanto, provada a ligação a um dos motivos protegidos pela Diretiva, e enunciados os factos pelos quais se sente discriminada, a autora estará coberta pela presunção dos mesmos, o que lhe dará uma melhor possibilidade de defesa, pois não terá que provar a essência da conduta da entidade patronal.

1.2. O ónus da prova no CT 2009

Na esteira da Diretiva 2000/78 vem o CT aplicar no ordenamento nacional o instituto de repartição do ónus da prova⁸⁵. Nestes termos, qualquer cidadão que se sinta discriminado por alguma das características protegidas pelo mesmo corpo normativo⁸⁶ terá que, em sede de litígio, provar os factos constitutivos que indiciem uma discriminação para se poder valer da presunção da mesma de forma a fazer nascer a atenuação do ónus da prova, “[n]ão se pode, pois, dizer que a presunção legal dispense a prova da parte”⁸⁷.

Esclarece o art. 25.º, n.º 5, que “Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador (...) em relação a quem se considera discriminado”. Mesmo não se encontrando de forma expressa a necessidade de fundamentação do factor

⁸⁵ A Diretiva 97/78 foi pioneira ao consagrar o aligeiramento do ónus da prova, no âmbito da discriminação, ainda que limitada ao género. A nível nacional vigorou o mesmo regime, através da Lei nº 105/97. Este regime é alterado com a entrada em vigor do CT de 2003, o qual transpôs a Diretiva 2000/78, e veio instruir que “Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la (...) incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1”. Ora, como já tivemos oportunidade de observar, temos uma multiplicidade de fatores passíveis de discriminação, sendo o ónus da prova aligeirado sempre que se cumpram os respetivos requisitos.

⁸⁶ Art. 24.º CT.

⁸⁷ Luís Filipe Pires de Sousa, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 93.

discriminatório entende-se que este é implícito quer pelo teor da Diretiva 2000/78, quer pela ideologia inerente ao instituto da não discriminação⁸⁸.

Ora, se um comportamento será considerado discriminatório por assentar numa característica protegida, o indício de uma eventual de discriminação terá, por maioria de razão, de ser fundamentado, numa primeira fase, numa daquelas qualidades.

Portanto, terá de existir por parte do demandante uma alegação de discriminação baseada num dos fatores protegidos pelo CT, ainda que estes sejam meramente exemplificativos, e, concomitantemente, terá que enunciar os trabalhadores em relação aos quais se sente discriminado por força daquele preceito. Assim sucedendo, em nome do princípio da igualdade de tratamento, terá que funcionar uma presunção no tribunal a qual fará reverter o ónus da prova para o demandado.

Como refere o STJ, “O que tal regime consagra é uma atenuação daquele ónus nas situações em que sejam invocadas diferenças de tratamento (...) motivadas por um dos factores característicos de discriminação (...). Deste modo, a quem invoca a prática discriminatória compete alegar e provar, além do diferente tratamento (resultado de tal prática), os factos integrantes de um daqueles fatores (...). Alegado e demonstrado um desses fatores, a lei presume que dele resultou o tratamento diferenciado, fazendo recair sobre o empregador a prova do contrário”⁸⁹.

⁸⁸ Ac. do TRP, Proc. 602/11, de 15-10-2012 “Na legislação ordinária, já o Código do Trabalho de 2003 (...) veio consagrar tal proibição correlacionando o tratamento discriminatório com a existência de algum fator de discriminação, designadamente a nível de inversão do ónus da prova a que então se reportava o art. 23º, nº 3. Cabia, assim, ao trabalhador invocar e demonstrar, para além do diferente tratamento, o facto que consubstanciava um fator de discriminação, caso em que, então, funcionaria a inversão do ónus da prova prevista no art. 23º, nº 3, do CT/2003, uma vez que, face a esse fator, o legislador presume que a diferenciação de tratamento dele decorre. Esse fator (aliado à diferença de tratamento) é o facto que faz funcionar a referida presunção (...). Com a entrada em vigor do CT/2009 não se nos afigura que tal entendimento seja por ele alterado. Antes pelo contrário, parece-nos que ele é corroborado face ao disposto nos arts. 23º, 24º e 25º. Ou seja, serve isto para concluir que, pese embora o tratamento desigual de situações que deveriam ser tratadas de modo idêntico possa indiciar a existência de um tratamento discriminatório, tal conclusão não poderá ser retirada automaticamente dessa simples diferenciação de tratamento, havendo, antes (...) que associar esse comportamento, em termos de causalidade, à existência de algum fator discriminatório”.

⁸⁹ Ac. STJ, Proc. 343/04 de 12-10-2011.

Conclusão

O princípio da igualdade de tratamento e a proibição de discriminação encontram-se consagrados quer no Direito da União, quer no nosso ordenamento jurídico. Com a maturidade dos conceitos proclamados evoluiu-se de uma primeira perspectiva que atendia à discriminação em função do sujeito, considerando o trabalhador como receptáculo único da prática discriminatória, para um conceito mais alargado, onde em substituição do sujeito *per se*, o conceito de discriminação se estende às circunstâncias que motivam a conduta discriminatória. Assim sendo, o que hoje releva para a caracterização de um cenário discriminatório é a essência da conduta e os motivos que lhe subjazem. Deixa portanto, e a título de exemplo, de ser o trabalhador deficiente o exclusivo alvo da discriminação, para que seja a própria deficiência a assumir o papel de objeto de discriminação, esteja esta afeta ao trabalhador ou a terceiros que à partida estariam excluídos da relação laboral.

No que ao nosso ordenamento jurídico concerne, por força da interpretação em conformidade com a jurisprudência do TJ a discriminação por associação será alvo de proteção ainda que, e para já, no CT não seja feita menção à mesma.

Claro está, que o que aqui se explanou em relação à discriminação por associação em razão da deficiência, será, por maioria de razão, como certos autores defenderam⁹⁰, igualmente válido para todos os outros critérios suscetíveis de discriminação contemplados no Direito da União, *mutatis mutandis* a sua aplicabilidade será transversalmente válida.

Por tudo isto se conclui que a luta contra a discriminação, nas suas mais variadas formas, tem vindo a dotar-se de instrumentos que, muito por força da sua contínua mutabilidade, fornecem cada vez mais uma efetiva igualdade de tratamento.

⁹⁰ Nesse sentido, Joel Cavallini, “Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire”, *La Semaine Juridique*, Édition Sociale, Jul. a Dez., p. 1549 e Le Barbier Le Bris, ob. cit., p. 884.

Bibliografia

- AAVV, [COORD. SOFIA PAIS] Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, Uma abordagem jurisprudencial, Almedina, Coimbra, 2011.
- Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho da Europa, Manual sobre a legislação europeia - Antidiscriminação, 2010.
- Andrade, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2004.
- Barbera, Marzia, “Eguaglianza e Differenza nella nuova Stagione del Diritto Antidiscriminatorio Comunitario”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003, n.º 99/100, págs. 399 a 412.
- Calmon de Passos, J.J., “O princípio da não discriminação”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n.º 57, jul., 2002. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id.
- Campos, Júlia “A problemática da Igualdade e da não-discriminação no Direito do Trabalho”, in IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 267 a 321.
- Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Carvalho, Catarina, Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

- Cavallini, Joel, “Une discrimination par association fondée sur le handicap est contraire au droit communautaire”, *La Semaine Juridique*, Édition Sociale, Jul. a Dez., n.º. 1549, 2008, pág. 24 a 25.
- Dray, Guilherme Machado, O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 1999.
- Garcia, Maria da Glória P. D, Estudos sobre o princípio da igualdade, Almedina Coimbra, 2005.
- Gomes, Júlio, Direito do Trabalho, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Gonçalves, Luísa M. F. G. Andias, A inexecução do contrato de trabalho, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010.
- Jeammaud, Antoine, “Du principe d’égalité de traitement des salariés”, *Droit Social*, 2004, págs. 694 a 705.
- Le Barbier Le Bris, Muriel, “L’actualité de la jurisprudence communautaire et internationale”, *Revue de Jurisprudence Social*, 2008, págs. 883 a 885.
- Lokiec, Pascal e Oliver, Sophie Robin, *Revue de Droit du Travail*, Dezembro, 2008, págs. 761 a 763.
- Mestre, Bruno “Discrimination by association: protected by EC Law but limiting the scope of Mangold”, *European Law Reporter*, 2008, págs. 300 a 305.
- Miranda, Jorge, Curso de Direito Internacional Público, 2ª ed., revista e atualizada, Principia, Cascais, 2002.

Moreau, Marie-Ange, “Les justifications des discriminations”, *Droit Social*, nº 12, Décembre, 2002, págs. 1112 a 1124.

Novais, Jorge Reis, Os princípios estruturantes da República Portuguesa, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

Pais, Sofia, “Algumas reflexões sobre o princípio da interpretação conforme no contexto da “transposição judicial” das diretivas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, 2010, págs. 489 a 517.

Pais, Sofia, “Incumprimento das Directivas Comunitárias”, in Dois Temas de Direito do Trabalho, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000 págs. 13 a 74.

Pinto, Maria da Glória Ferreira, “Princípio da Igualdade, Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 358, 1986, págs.1 a 51.

Pujol, Maria Isabel, “Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos Europeus de Deusto*, n.º40, 2009, págs. 200 a 211.

Redinha, Maria Regina G. “Assédio – uma noção binária?”, “Assédio – uma noção binária?”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, nº 85, Jan.-Abril de 2010, págs. 149 a 155.

Riquito, Ana Luísa, Ventura, Catarina, Andrade, J.C. Vieira de, Canotilho, J.J. Gomes, Henriques, Miguel Gorjão, Ramos, R.M. Moura e Moreira Vital, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Rodrigues, Fernando Pereira, A Prova em Direito Civil, 1.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Efecto directo e invocabilidad interprivatos de las directivas”, *Relaciones Laborales*, nº6, 2010, págs.1 a 18.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Discriminación, igualdad y acción positiva”, *Relaciones Laborales*, II, 1995, págs. 81 a 92.

Sousa, Luís Filipe Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2012.

Tching, Maria Oliveira, *O papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da UE e da Cidadania Europeia*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2012. Disponível em: repositorium.sdum.uminho.pt.

Toggenburg, Gabriel N., “Discrimination by association: a notion covered by EU equality law?”, *European Law Reporter*, 2008, págs. 82 a 88.

Xavier, Bernardo da Gama Lobo, “A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho e os Direitos fundamentais dos Trabalhadores”, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Almedina, Coimbra, págs. 163 a 203.